„Von welchem Moment datiert die Kredithypothek des gemeinen Rechts?“

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

eingereicht bei der

juristischen Fakultät

der Königlichen Universität zu Erlangen

von

Rudolf Schneider

Gerichtsreferendar aus Essen (Ruhr).

1895.

Druck von H. L. Geck, Essen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0111

Litteratur.

Arndts, „Lehrbuch der Pandekten“. Seite 745 und 746.
Baron, „Pandekten“. § 204.
Bechmann, „Römisches Dotalrecht“. Band I. Seite 187 bis 190.
Brinz, „Pandekten“. Zweite Auflage. Band II. § 352.
Conrads, „Handwörterbuch der Staatsrechtswissenschaften“. Artikel „Kredit“. Band IV. Seite 873.
Dernburg, „Pandekten“. § 274.
Derselbe, „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts“. Band I. §§ 68 bis 71. Band II. § 150.
Dazu *von Scheuerl,* Recension in der Kritischen Vierteljahrsschrift. Band II. Seite 481 bis 508.
Endemann, „Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte“, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Band IV.
Derselbe, „Handbuch des Handelsrechts“. Band III. Seite 934 bis 936.
Exner, „Kritik des Pfandrechtsbegriffes“. Seite 100 bis 105.
Fitting, „Über den Begriff der Rückziehung“.
Dazu *von Scheuerl,* Kritische Überschau. Band V. Seite 24 bis 46.
Foerster-Eccius, Preussisches Privatrecht. Band III. § 192.
Gesterding, „Lehrbuch des Pfandrechts nach den Grundsätzen des Römischen Rechts“. Seite 5 bis 51.
Glück, „Erläuterungen zu den Pandekten“. Band XIX.
Göschen, „Vorlesungen über das gemeine Civilrecht“. Band II. § 335.
Heise und Cropp, „Juristische Abhandlungen“. Band II. Nr. 15. Seite 417 bis 426.
Hepp, „Beiträge zur Lehre von der Datierung des Pfandrechts“. Archiv für die civilistische Praxis. Band X. Seite 245 bis 312.

Huschke, „Vom bedingten und mit einem *dies* behafteten Pfandrecht“. Giessener Zeitschrift. Band XX. Seite 144 bis 175.

Ihering, „Passive Wirkungen des Rechts“. Jahrbücher für Dogmatik. Band X. Seite 387 bis 580.

Karlowa, „Rechtsgeschäft“. Seite 37 bis 40.

Köppen, „Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden“. Jahrbücher für Dogmatik. Band XI. Seite 139 bis 397.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Band III. § 1062.

Regelsberger, „Zur Lehre von dem Altersvorzug des Pfandrechts“. Seite 1 bis 48.

Dazu Recension von *Fitting.* Kritische Vierteljahrsschrift. Band I. Seite 71 bis 139.

Schott, „Die accessorische Natur des Pfandrechts“. Jahrbücher für Dogmatik. Band XV. Seite 1 bis 32.

Sintenis, „Handbuch des gemeinen Pfandrechts“. Seite 53 bis 63.

Derselbe, „Das praktische gemeine Civilrecht“. Band I. § 68.

Vangerow, „Pandekten“. Band I. § 372.

Westphal, „Versuch einer Erläuterung der sämtlichen römischen Lehren vom Pfandrecht“. Seite 212 bis 216.

Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts“. Band I. § 242.

Derselbe, „Wirkungen der erfüllten Potestativbedingung“. Archiv für civilistische Praxis. Band XXXV. Seite 51 bis 80.

Zitelmann, „Irrtum und Gewohnheitsrecht“. Archiv für die civilistische Praxis. Band LXVI.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Band XIV. Nr. 249.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten:

Band XIII. Nr. 113; 132; 238.

Band XXIII. Nr. 121.

Band XXV. Nr. 261.

Band XXVII. Nr. 11.

Die Litteratur ist in den neuesten Auflagen citiert.

Inhalt.

Teil I. Einleitung.

Begriff des Kredits und der Kredithypothek . . . . § 1.
Wichtigkeit der Frage . . . . . § 2.
Rechtliche Construktion der Kredithypothek . . . . . § 3.

Teil II. Die Römischen Quellen.

Erster Abschnitt.

Versuch, aus den Quellen nachzuweisen, dass die Kredithypothek erst vom Momente der Kreditbenutzung datiert.

Interpretation von fr. 4 *quae res pignori* 20_3, fr. 9. pr. fr. 1. § 1. *qui potior* 20_4. . . . . § 4.
Versuch, fr. 1 pr. 20_4. mit dieser Entscheidung unserer Frage in Einklang zu bringen . . . . . § 5.
Versuch, fr. 1 pr. 20_4. die Schlüssigkeit für unsere Frage ganz zu nehmen . . . . . § 6.

Zweiter Abschnitt.

Nachweis, dass aus fr. 1. pr. 20_4. die Notwendigkeit der Datierung der Kredithypothek vom Momente der Pfandbestellung folgt . . . . . § 7.

Dritter Abschnitt.

Nachweis, dass fr. 1 pr. 20_4. den oben interpretierten Stellen fr. 4. 20_3. fr. 9 pr. fr. 1 § 1 nicht widerspricht. Die Quellenstellen ergänzen sich und lösen dasselbe Problem in einheitlicher Weise . . . . § 8.

Teil III. Begründung der Quellenentscheidung.

Billigkeit und Verkehrsbedürfnis . . . . . § 9.
Das Pfandrecht könne vor der Forderung entstehen; bei der Kredithypothek gehe der präsumtive Wille der Parteien auf sofortige Entstehung des Pfandrechts § 10.

Durch die Pfandbestellung entsteht eine Pfandgebundenheit, ein Vorstadium des Pfandrechts, und diese bewirkt den Altersvorzug der Kredithypothek . . § 11.
Anhang. Analoge Fälle einer dinglichen Gebundenheit als Vorstadium eines Rechts im Römischen Recht § 12.

Teil IV. Ein besonderer Fall.

Bei Verlängerung eines erst auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Kreditverhältnisses datiert die Kredithypothek nicht vom Momente der ursprünglichen Pfandbestellung, sondern vom Momente der Erneuerung des Kreditverhältnisses. . . . . § 13.

Teil V. Schluss.

Moderne Rechtsentwicklung. . . . . § 14.

Teil I.

§ 1.

Kredit ist ein persönliches Vertrauen, das die Vorbedingung aller der Verkehrsgeschäfte bildet, bei denen der eine Teil in der Gegenwart irgend einen Wert dem anderen hingiebt oder hinzugeben sich verpflichtet, während der andere Teil eine Gegenleistung in der Zukunft und zwar immer erst um eine bestimmte oder unbestimmte Zeit später als die Leistung des anderen erfolgt ist, übernimmt; in übertragener Bedeutung versteht man unter Kredit die Verfügungsmacht über fremdes Gut, eingeräumt auf Grund dieses Vertrauens. Das Wesen des Kredits besteht also in der zeitlichen Trennung von Leistung und Gegenleistung und in jenem Vertrauen. Dieses beruht im Verkehr vielfach nicht lediglich in der Meinung des Kreditierenden über die Person des Schuldners; häufig hat sich der Kreditgeber durch Unterpfänder Sicherheit gegen materielle Verluste für den Fall, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen sollte, geben lassen.

Die Kreditgewährung kann nun Gegenstand eines besonderen Vertrages sein, der namentlich dann abgeschlossen zu werden pflegt, wenn die eine Partei der finanziellen Hülfe der anderen unmittelbar noch nicht bedarf, sich derselben aber für spätere Zeiten vergewissern will. In diesem Falle schliessen die Parteien einen sogenannten Kreditvertrag ab, durch den die eine, der Kreditgeber, den etwaigen, späteren Bedürfnissen der anderen, des Kreditnehmers, ihr Vermögen zur Verfügung stellt. Schon bei Abschluss des Vertrages wird von dem Kreditnehmer dem

Kreditgeber häufig zur Sicherung für die etwaigen späteren Ansprüche, welche durch die Kreditbenutzung entstehen, eine Hypothek, die sogenannte Kredithypothek, bestellt.

§ 2.

Es wird also durch den Kreditvertrag ein Rechtsverhältnis auf die Dauer begründet und das Pfand bestellt für alle Ansprüche des Kreditgebers gegen den Kreditnehmer, die aus diesem Rechtsverhältnis entspringen können. Für die Sicherheit des Kreditgebers ist es von der grössten Wichtigkeit, von welchem Moment sein Pfandrecht datiert, ob schon von der Begründung des Verhältnisses und Stellung der Hypothek ab, oder ob erst von dem Momente ab, in dem sich aus diesem Verhältnis thatsächlich Forderungen des Kreditgebers gegen den Kreditnehmer durch Benutzung des gewährten Kredits entwickelt haben. Von entscheidender Bedeutung kann diese Frage dann werden, wenn der Kreditnehmer die dem Kreditgeber schon verpfändeten Pfandobjecte in der Zeit zwischen der Begründung des Kreditverhältnisses und der Benutzung des Kredits weiter verpfändet und dadurch eine Concurrenz des Kreditgebers mit anderen Pfandgläubigern herbeiführt. Denn von einigen singulären Vorzugsprivilegien abgesehen gilt für dieses Concurrenzverhältnis der Satz *„prior tempore, potior iure“*. [1])

Den rechtlichen Grundsatz anerkennend, dass bestehende Rechte durch spätere Verfügungen nicht beeinträchtigt werden können, und dass niemand auf einen andern ein umfangreicheres Recht übertragen kann, als er selbst besitzt, hat das Römische Recht die Collision mehrerer Pfandgläubiger, die ein Pfandrecht an derselben Sache haben, dadurch zu lösen versucht, dass es den älteren Pfandgläubiger überall dem jüngeren da vorgehen liess, wo beide in ihren Interessen gegensätzlich zusammentrafen. Durch das frühere Pfandrecht ist gleichsam ein Element aus dem Eigentum des Verpfänders ausgeschieden, und

[1]) c. 2. c. 4. c. 7. c. 8 *qui potior* 8_{18}.

dem späteren Gläubiger kann dieser deshalb nur eine Sicherheit mit den durch das Recht des früheren Pfandgläubigers schon belasteten Sachen stellen, denn *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*[2])

Von welchem Moment nun das Pfandrecht bei unserer Kredithypothek datiert, ist eine vielumstrittene Frage; Zweck und Parteiwille müssen hier natürlich entscheiden, jedoch immer nur unter billiger Rücksichnahme auf etwa wohlerworbene Rechte Dritter.

Bevor wir uns zur Beantwortung unserer Frage wenden können, müssen wir die rechtliche Natur des die Kredithypothek veranlassenden Kreditvertrages und das Verhältnis desselben zu den sich aus ihm entwickelnden einzelnen Forderungen, den Darlehn[3]), einer näheren Betrachtung unterziehen.

§ 3.

Wie das Mandat, der Miets- oder Societätsvertrag ist das Kreditverhältnis in der Regel nicht zur Hervorbringung einer einzelnen Forderung angelegt, sondern es ist oder kann wenigstens die Quelle für eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl von Forderungen sein.[4])

Der Kreditvertrag ist ein Vertrag, auf Grund dessen die eine Partei, der Kreditgeber, sich verpflichtet, dem Kreditnehmer Kredit zu gewähren, das heisst, auf Aufforderung des Kreditnehmers diesem grössere oder kleinere Summen — in der Regel bis zu einem Maximalbetrage — als Darlehn auszuzahlen. Der Kreditgeber - - in der Regel, aber nicht notwendig ein Banquier — wird also schon durch diesen Kreditvertrag obligiert: er übernimmt schon jetzt die eventuell durch Klage gegen ihn

---

[2]) fr. 54. fr. 175. § 1. fr. 177. pr. De R. J. 50_{17}.

[3]) Die Kreditgewährung kann jedoch nicht nur durch baare Vorschüsse, sondern auch auf andere Weise, wie durch Stundung ausstehender Forderungen, Verbürgung, Diskontierung geschehen, die typische Grundform der Kreditgeschäfte ist jedoch das Darlehn und wir werden uns deshalb in Folge auf dasselbe beschränken.

[4]) Regelsberger, Seite 23.

verfolgbare obligatorische Verpflichtung, mit dem andern Contrahenten auf dessen Verlangen weitere Verträge, welche durch eine Aufopferung seinerseits abgeschlossen und ihn zum Gläubiger machen werden, einzugehen. Der andere Contrahent dagegen übernimmt eine Verpflichtung zur Benutzung des ihm gewährten Kredits noch nicht; er ist aus dem Kreditvertrag lediglich berechtigt; er kann nach Bedürfnis den ihm gewährten Kredit benutzen und sich dadurch zum Schuldner des Kreditgebers machen, aber eine rechtliche Notwendigkeit besteht für ihn hierzu keineswegs. Trotzdem hat er schon bei Abschluss des Kreditvertrages dem Kreditgeber an bestimmten, ihm gehörigen Sachen oder an seinem ganzen Vermögen eine Hypothek bestellt.

Das Pfandrecht, welches den Zweck hat, die Verwirklichung eines vermögensrechtlichen Anspruchs von der Zahlungswillfährigkeit und der Zahlungsfähigkeit des Schuldners unabhängig zu machen[5]), kann nur zur Sicherung einer Forderung dienen und zwar in unserem Falle nur zur Sicherung der rechtlichen Ansprüche, die sich aus dem Kreditvertrage entwickeln, also gleichsam Produkte desselben sind. Die Kredithypothek sichert also nicht eine unmittelbare Forderung aus dem Kreditvertrage, denn die Hypothek wird dem Kreditgeber bestellt und für diesen bedeutet der Kreditvertrag überhaupt noch keine Forderung, sondern sie sichert nur die erst durch die Benutzung des Kredits entstehenden Forderungen, Forderungen, die sich nur als *obligationes futurae* im Sinne des fr. 5 pr. *de pignoribus* 20, juristisch charakterisieren lassen.

Wie in dem citierten Fragment die *obligationes futurae*, so existieren in unserem Falle die Forderungen des Kreditbestellers im Augenblick der Pfandbestellung noch gar nicht; sie werden nur von den Parteien als künftig möglich angenommen; es ist, da es noch an dem Schuldner durchaus fehlt, zunächst zu ihnen, wie Windscheid[6]) hervorhebt, noch nicht einmal der Grund gelegt. Erst durch noch rein zukünftige Handlungen der Parteien, bei

[5]) Regelsberger, Seite 24.
[6]) Pandekten, Band I Seite 674.

dem Kreditvertrage durch Auszahlung und Annahme von Darlehn, wird die eine Partei als Schuldner obligiert und damit werden die Forderungen erst rechtlich existent.

Häufig hat man jedoch den Begriff *„futurae obligationes“* in fr. 5. l. c. anders interpretieren und die Möglichkeit einer Pfandbestellung für *futurae obligationes* in unserem Sinne leugnen wollen. Die Unrichtigkeit einer solchen Interpretation ergiebt sich aus dem Wortlaute der Quellenstelle. Marcian stellt hier alle Obligationen zusammen, die eine taugliche Unterlage für ein Pfandrecht bilden können: *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione . . . . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt.*

Klar werden in den letzten Worten drei Fälle unterschieden[7]): im ersten *(in praesenti contractu)* erfolgt die Pfandbestellung gleichzeitig mit Abschluss der zu sichernden Obligation; im zweiten Falle *(sive praecedat)* geht die Begründung der Hauptobligation der Pfandbestellung, im dritten *(res hypothecae futurae obligationis nomine dari possunt)* die Pfandbestellung der Hauptobligation voraus. Eine Forderung existiert im dritten, also unserem Falle, noch gar nicht, aber eine Hypothek kann trotzdem gültig für sie bestellt werden, denn fr. 5. l. c. gestattet eine Pfanfbestellung offenbar ohne Einschränkung.

Zu eng fasst den Begriff *„obligatio futura“* Brinz[8]), nach dessen Ansicht von Marcian nur Verbindlichkeiten gemeint seien, die sich im Laufe der Zeit aus einem festen Contrakt entwickeln können, „es handle sich nur um Fälle, in denen eine Forderung in einer gewissen Potenz schon vorhanden sei“.

Unrichtig ist die Ansicht von Sintenis[9]), welche dahin geht, dass die *obligatio futura* mit der *obligatio in diem* zusammenfalle, Marcian also Forderungen habe bezeichnen wollen, die

---

[7]) Scheuerl, Kritische Vierteljahrsschrift II 499.

[8]) Pandekten, Band II. Seite 860.

[9]) Sintenis, Pfandrecht, Seite 11.

jetzt schon vollständig vorhanden seien, deren Erfüllung aber in die Zukunft verschoben sei. Ausgehend von fr. 89 de V. O. 45_1[10]), in dem allerdings unter *futura obligatio* eine betagte Obligation zu verstehen ist, behauptet er diese Bedeutung des Ausdrucks auch für unseren Fall; es soll nur ein ungenauer, unjuristischer Begriff für *obligatio in diem concepta*. Aber Marcian zählt in der citierten Stelle die befristete Obligation ausdrücklich mit auf und stellt ihr die *futura obligatio* gegenüber. Mag an anderen Stellen unter *futura obligatio* eine befristete oder bedingte Obligation zu verstehen sein, in unserer Stelle zweifellos nicht. *Futura obligatio* ist eine nur künftig mögliche Forderung, die augenblicklich noch nicht existiert. Für eine solche ist die Pfandbestellung ausdrücklich und allgemein zugelassen und hieraus ergiebt sich für uns zunächst, dass die Kredithypothek ihre völlige gemeinrechtliche Gültigkeit hat.

Der Versuch, die Kredithypothek juristisch zu konstruieren, hat uns also zu folgendem Resultat geführt. Wir haben ein Pfandrecht zur Sicherung einer *obligatio futura* vor uns, zu deren Contrahierung jedoch die eine Partei, der künftige Gläubiger, von der anderen, dem künftigen Schuldner, auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses, das durch den Kreditvertrag hergestellt ist, gezwungen werden kann, während der künftige Schuldner aus jenem Vertrage Verpflichtungen zu späterer Eingehung der *obligationes futurae* nicht übernommen hat.

Jetzt erst, nachdem wir die rechtliche Natur der Kredithypothek festgestellt haben, ist es möglich auf die Beantwortung unserer Frage „Von welchem Momente datiert die Kredithypothek des gemeinen Rechts?“ einzugehen. Zwei Antworten sind, wie wir oben gesehen haben, möglich:

1. Die Kredithypothek datiert vom Momente der Kreditbestellung, also schon vom Augenblick der Eingehung des Kreditvertrages.

[10]) Es handelt sich um die Verpflichtung eines Pächters zur Zahlung des noch nicht fälligen Pachtzinses späterer Fruchtjahre.

2. Die Kredithypothek datiert erst vom Momente der Verwirklichung der *obligationes futurae*, also erst vom Zeitpunkt der Benutzung des Kredits durch Aufnahme von Darlehn.

Teil II.

Erster Abschnitt.

§ 4.

Letztere Antwort auf unsere Frage, dass die Kredithypothek erst vom Momente der Kreditbenutzung datiere, wird von den älteren Juristen fast allgemein, von den neueren nur vereinzelt, namentlich von Scheuerl und Fitting für die richtige gehalten. Man behauptet, die Kredithypothek folge den gewöhnlichen Regeln des Pfandrechts für eine *obligatio futura*; eine Ausnahme für sie zu machen, habe man keine Veranlassung, die Quellen begründeten eine solche nicht.

Man beruft sich bei dieser Beantwortung unserer Frage auf fr. 4. *quae res pignori* 20_3. fr. 1. § 1. fr. 11. pr. *qui potiores* 20_1. und lehnte eine Ausnahme auf Grund des fr. 1. pr. *qui potiores* 20_1. ab. Auf alle vier Stellen müssen wir genauer eingehen.

fr. 4. *quae res pignori* 20_3. lautet:

Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dari destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

Der Fall ist folgender:

Titius wollte von Mävius ein Darlehn aufnehmen; er bestellte ihm Sicherheit und bestimmte ihm einige Sachen als Unterpfand. Noch bevor er wirklich das Darlehn erhob, verkaufte er einige der verpfändeten Sachen. Die Frage ist: „Befinden sich die verkauften Sachen, wenn Mävius später das Darlehn thatsächlich auszahlte, mit im Pfandnexus oder nicht?" mit anderen Worten „Datiert das Pfandrecht von seiner Bestellung oder erst vom Momente der Auszahlung des Darlehns?" Paulus antwortet: „erst vom Momente der Darlehnsauszahlung", und begründet diese Entscheidung damit, dass der Schuldner trotz der Sicherheitsleistung es noch in seiner Macht gehabt habe, die Annahme des Geldes zu verweigern.[11])

fr. 1. § 1. qui potiores 20.4.: Alia causa est, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte priusquam numeraret, alii res pignori data est. Titius hat — wir wollen wie im ersten Fall den Darlehnsempfänger Titius, den Darlehnsgeber Mävius nennen — dem Mävius ein Pfand bestellt mit der Verabredung, dieses solle für die Summe, welche er in gewisser Frist von Mävius als Darlehn nehmen werde, haften. Bevor er ein Darlehn sich auszahlen liess, hat er dieselben Sachen einem anderen weiter verpfändet. Für das Pfandrecht, welches den Anspruch des Mävius aus dem hierauf ausgezahlten Darlehn sichern soll, lautet wieder die Entscheidung — das müssen wir aus den Worten *„alia causa"* nach der Entscheidung des *fr. 1. pr. h. t.* entnehmen — „es datiert erst vom Zeitpunkt der Darlehnsauszahlung."

Endlich der dritte Fall im fr. 11. pr. h. t. *„Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet*

[11]) Die Behauptung von Cuiacius, der Schuldner habe in diesem Fall die Hypothek noch gar nicht bestellt, sondern nur Sachen zum Unterpfand bestimmt, ohne sie zu verpfänden, ist zweifellos irrig. Wäre sie richtig, hätte die aufgeworfene Frage wohl kaum entstehen können. Weiteren Anklang hat Cuiacius auch nicht gefunden. Näheres Westphal Seite 215.

ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Titius hat für den Fall, dass er von Mävius ein Darlehn aufnehmen sollte, diesem ein Pfandrecht an gewissen Sachen bestellt. Nachdem er sich erst noch von einem Dritten Geld geliehen und diesem ein Pfandrecht an denselben Sachen, die er vorher schon dem Mävius verpfändet, bestellt hatte, erhob er dann thatsächlich ein Darlehn von Mävius. Wieder wird gefragt: „Von welchem Moment datiert das Pfandrecht des Mävius?“ und wieder lautet die Antwort: „erst mit der Darlehnsauszahlung“, so dass der Dritte vorstehender Pfandgläubiger wird, und zwar wird diese Entscheidung aus dem Grunde getroffen, weil Titius nicht zur Annahme des Darlehns trotz der vorherigen Verabredung gezwungen war.

In allen drei Fällen haben wir also eine Pfandbestellung für eine *obligatio futura,* in allen lautet die Entscheidung der Frage, von welchem Zeitpunkt ab das Pfandrecht datiere, übereinstimmend „mit dem Momente des wirklichen Eintritts des *debitum*“. Die Hypothek also, die in Erwartung des Darlehns vor dessen Auszahlung bestellt wurde, hat vor dem Empfang desselben keine Wirkung, von einer Zurückdatierung derselben nach Eintritt des *debitum* ist keine Rede, so dass ein zwischen dem Momente der Pfandbestellung und der Hingabe des Darlehns an einen Dritten bestelltes Pfand den Vorrang hat, so dass, wenn von mehreren für die künftige Schuld verpfändeten Sachen einige inzwischen aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind, diese nicht von dem Pfandnexus ergriffen werden.

Rechtlich begründet wird die Entscheidung in fr. 11. l. c. 20_4 und fr. 4. l. c. 20_3 ausdrücklich damit, dass der spätere Darlehnsschuldner das Darlehn trotz der Verabredung nicht habe annehmen zu brauchen, er also trotz der Pfandbestellung und der Verabredung mit dem Gläubiger noch immer durchaus freiwillig sich erst im Momente der Darlehnsannahme zum Schuldner gemacht habe.

Hierin glauben nun viele Juristen den letzten und einzigen Grund zu sehen, der unsere Lehre beherrscht, das Rechtsaxiom

zu finden, von dem aus man alle übrigen Fälle entscheiden müsse. Mit Rücksicht auf diesen Grundsatz hat man denn auch die Frage, von welchem Moment die Kredithypothek des gemeinen Rechts datiere, dahin beantworten zu müssen geglaubt, dass sich das Datum nur nach dem Momente der Benutzung des Kredits richten könne, denn bis dahin stehe es noch im Belieben des Schuldners den Kredit nicht zu benutzen: er habe noch den freien Willen, ob er überhaupt Schuldner werden wolle, und deshalb dürfe das Pfandrecht nach dem aus den besprochenen Quellenstellen hervorgehenden Rechtssatz nicht früher beginnen.

§ 5.

Viel Schwierigkeit machte den Anhängern jener Theorie schon *fr. 1. pr. qui potiores* 20, 4, eine Stelle, in der Papinian in einem bestimmten Fall für die Datierung des Pfandrechts, das für eine *obligatio futura* bestellt war, eine ganz andere Entscheidung trifft: *Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaeritur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniae residuum reddatur, ut minus dotata mulier esse videatur.* Demnach, nennen wir ihn wieder Mävius, hat für eine Frau ihrem Ehemanne Titius eine *dos* versprochen und sich wegen der Herausgabe derselben nach Auflösung der Ehe schon jetzt ein Pfand bestellen lassen. Die Dos war noch nicht voll gezahlt, als Titius die verpfändeten Sachen einem Dritten weiter verpfändete; bald darauf erfolgt die Zahlung des Restes der Dos. Wieder wirft der Jurist die Frage auf: „Von welchem Moment datiert das Pfandrecht des Mävius? Hat Mävius oder der Dritte den Vorrang?“ „Mävius“, entscheidet Papinian, denn ausschlaggebend sei der *dies contractae obligationis*, also der Tag, an dem die Dos versprochen und für die

Rückzahlung das Pfand bestellt wurde: nicht könnten die *tempora solutionum* entscheiden, denn Mävius könne schon auf Grund seines Versprechens zur Zahlung der ganzen *Dos* gezwungen werden.

Sehr viel Streit hat der Schlusssatz der Stelle: *„nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur* verursacht. Man könne nicht mehr mit Grund behaupten, dass die Zahlung - oder Zurückzahlung [12]) des Restes in „seinem" Belieben stehe, da die Frau sonst geringer dotiert erscheine. In wessen Belieben steht die Zahlung des Restes nicht mehr? Hat damit Papinian den Ehemann gemeint und sagen wollen, derselbe müsse die ganze Dos annehmen und später auch zurückzahlen und hat der Jurist etwa mit dieser schon gegenwärtigen Gebundenheit des künftigen Schuldners die Entscheidung des Falls motivieren wollen, oder haben wir unter demjenigen, in dessen Willkür es nicht mehr liegt, *pecuniam residuam reddere*, den Dosbesteller zu verstehen und hat Papinian nur noch einmal wiederholt, was er uns schon vorher durch die Worte *„cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur"* gesagt hatte, nämlich, dass der Dosbesteller gezwungen sei, die ganze Dos zahlen zu müssen, trotz der zweiten Verpfändung.

Die Anhänger der oben entwickelten Theorie, welche als Axiom aufstellen, dass das Pfandrecht zur Sicherung einer *obligatio futura* immer erst mit dem *debitum* entstehe, wenn die Eingehung desselben noch im freien Belieben des Schuldners gestanden habe, haben mit Rücksicht auf die entgegengesetzte Entscheidung des Falles öfters versucht, die letzten Worte des

---

[12]) Auf das Wort *„reddere"* darf man sich nicht berufen; *reddere* kann „zurückzahlen" heissen, aber es ist klar und unwiderlegbar nachgewiesen, dass nicht nur von den römischen Juristen zum Beispiel fr. 48. de V O. 45_1, sondern auch in der übrigen römischen Litteratur häufig *reddere* für „zahlen" gebraucht wird.

Fragments auf den Ehemann zu beziehen[13]) und nachzuweisen, dass hier das Pfandrecht schon vom Momente der Pfandbestellung ab datiere, weil der Schuldner es nicht mehr in seiner Macht habe, die Annahme des Geldes zu verweigern, sondern verpflichtet sei, durch Einforderung des rückständigen Teiles der Dos die Verpflichtung auch zu dessen Rückgabe zu kontrahieren. Die Verpflichtung des Ehemanns sei nach der Meinung Papinians durch das Interesse der Frau geboten: dies ginge aus den Worten *„ne minus dotata mulier esse videatur“* hervor[14]).

Nun suchte man das Interesse der Frau zu begründen. Die Dos ist der Frau nicht geschenkt, wie Westphal[15]) annimmt, sondern sie fällt nach aufgelöster Ehe in unserem Falle an den Besteller zurück. Dieser Umstand, der aus der Stelle unzweifelhaft hervorgeht, entzieht unbedingt der Frau das Hauptinteresse, das sie an der Dosannahme seitens des Mannes haben könnte, nämlich die Aussicht auf Lukrierung der Dos nach Auflösung der Ehe.

Ferner führt man an, dass der Ehefrau an der Bestellung der Dos gelegen sein müsse, weil sie sich im Römischen Recht vorzüglich durch die Dos von der Konkubine unterschieden habe, denn nur die dotierte Frau sei nach rechtlicher Vermutung als Ehefrau angesehen worden[16]); weiter, dass nicht dotierte Ehefrauen leicht aus irgend einer Veranlassung von ihrem Ehemann verstossen seien[17]); auch genösse die Frau die Früchte der Dos während der Ehe mit. Mag dem so sein, aber unmöglich können diese Gründe eine Verpflichtung des Ehemannes, eine Dos sich zu verschaffen, wo sich Gelegenheit biete, herbeiführen.

---

[13]) Schweppe, Römisches Privatrecht II. 285; Glosse ad fr. 1. pr. l. c.; *Donellus „de pignoribus“ caput 15*; Wächter, Württembergisches Privatrecht. Band II. Seite 705.

[14]) Scheuerl. Kritische Vierteljahrsschrift. Band II, Seite 503.

[15]) Seite 215.

[16]) Glück XIX. Seite 329.

[17]) c. 25 ad sct. *Velleianum* 4_{29}.

Also eine durch das Interesse der Frau gebotene Verpflichtung des Ehemannes, die Dos anzunehmen, lässt sich nicht konstruieren; man hat deshalb weiter behauptet, der Ehemann könne sich seiner Rückzahlungsverpflichtung nicht entziehen, weil er die Restitution und deshalb auch die Annahme, — denn Restitution setze vorherige Annahme voraus —, durch Stipulation versprochen habe[18]). Da die rechtliche Verpflichtung zur Annahme bestehe, könne der Ehemann durch Versäumnis dieser Pflicht sich nicht auch seiner weiteren Verpflichtung zur Restitution entziehen[19]). Diese Argumentation befriedigt nicht; ein Versprechen zur Rückzahlung ohne Empfang kann nicht verpflichten[20]). Hat der Ehemann die Restitution der noch zu empfangenden Dos versprochen, so ist er vor deren Empfang noch gar nicht verpflichtet; hat er die „empfangene" Dos in Erwartung ihres baldigen Empfanges zu restituieren versprochen, dann vernichtet die *exceptio doli,* die ihm zur Verfügung steht, den Anspruch auf Restitution völlig[21]).

Wie wir gesehen haben, ist es also keinem Juristen gelungen, eine seit der *promissio dotis* bestehende Verpflichtung des Ehemanns zur Annahme der Dos zu konstruieren und hier-

---

[18]) Ob es sich überhaupt um eine *dos recepticia,* deren Restitution der Besteller sich ausdrücklich versprechen lies, in unserer Stelle handelt, ist sehr zweifelhaft. Die Stelle selbst erwähnt eine Stipulation auf Rückgabe nicht, eine solche als stillschweigend vorausgesetzt zu betrachten, sind wir durch nichts gezwungen. Jedenfalls handelt es sich um eine Dos, die an den Besteller zurückfällt, ob auf Grund gesetzlicher Bestimmung *(dos profecticia)* oder infolge besonderer Stipulation muss dahingestellt bleiben.

[19]) Windscheid, Archiv XXXV, Seite 71 bis 72.

[20]) Sintenis, Seite 364.

[21]) Der ganzen Stelle liegt die natürliche Anschauung von Obligation — gleich Verpflichtung — zu Grunde; nach ihr ist niemand Gläubiger, dessen Recht eine *exceptio perpetua* völlig wirkungslos macht. Denn eine Obligation, deren Perfection beliebig vereitelt werden kann, scheint den Römern praktisch einer noch gar nicht vorhandenen gleich zu stehen. Vergleiche fr. 30 De R. C. 12_1: *qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo pecuniam se ei obliget.* Regelsberger, Seite 41.

durch die Stelle mit fr. 4. l. c. 20_3. fr. 11. pr. l. c. 20_4 in Einklang zu bringen. Die letzten Worte des Fragments beziehen sich, wie es auch nach dem Zusammenhang viel natürlicher ist, nicht auf den Ehemann, sondern auf den Besteller der Dos. Papinian will nur den Einwand abschneiden, dass man dem Dosbesteller gegen Beeinträchtigungen seitens des Ehemanns durch Weiterverpfändung der verpfändeten Sachen einfach durch eine *exceptio doli* gegen die Klage auf Auszahlung des Restes der Dos habe helfen können. Der Dosbesteller sei nämlich trotz der zweiten Verpfändung gezwungen, den Rest der Dos zu bezahlen mit Rücksicht auf die Frau, weil diese sonst an ihrer Dos verkürzt sein würde[22]).

§ 6.

Viele Juristen kommen bei der Interpretation unseres fr. 1 pr. zu dem Resultat, dass die Entscheidung Papinians überhaupt nicht bei der Beantwortung der Frage, von welchem Moment das Pfandrecht für eine *obligatio futura* datiere, zu verwerten sei. Der erste dieser Interpretationsversuche hat viel Anklang gefunden.

Man behauptet, die Entscheidung der Stelle beruhe auf einer Singularität des römischen Dotalrechts, welche darin bestehe, dass die *dotis promissio*, um die es sich in der Stelle handle, schon eine *dotis constitutio* sei.[23]) Die Dos sei im Augenblick der *promissio* schon konstituiert und deshalb sei die Pflicht des Mannes zur Rückgabe und das zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte Pfandrecht ganz unabhängig von der Numeration. Denn das Vermögen des Mannes sei schon durch die *promissio dotis* vermehrt: im Augenblick der *promissio* habe der Ehemann schon eine *dos*, und damit sei die Principalobligation, die *obligatio de restituenda dote*, welche das Pfandrecht decken

[22]) Heise und Cropp. Juristische Abhandlungen, Band II, Nr. 15, Seite 424.

[23]) Windscheid, Archiv XXXV Seite 71. Köppen, Seite 259. Karlowa, Seite 39. Huschke, Giessener Zeitschrift XX Seite 155.

solle, völlig rechtsgültig kontrahiert und der Zeitpunkt der *contracta obligatio* sei nach der Entscheidung Papinians für das Alter des Pfandrechts bestimmend. Die Restzahlung des Dosbestellers sei eine Erfüllung einer strengen, aber auf die Verpflichtung des Ehemanns zur Restitution an und für sich nicht mehr wirkenden Rechtsverbindlichkeit. Der Ehemann müsse nach der Annahme des Dosversprechens die ganze Dos restituieren: die Entstehung dieser Verbindlichkeit könne er nicht mehr durch Nichtannahme der Dos hindern.

Diese Erklärungsversuche sind künstlich und unhaltbar. Die Rückansprüche, welche durch das Pfandrecht gesichert sind, sind Ansprüche auf Restitution und zwar an den Geber der Dos.[24]) Eine Restitution hat unbedingt eine vorausgegangene Hingabe zur begrifflichen Voraussetzung. Auch ist es durchaus unrichtig, vom Standpunkt des Bestellers die *dos promissa* mit der *dos soluta* gleich zu behandeln. Der Versprecher der Dos könnte vor der Zahlung höchstens sein Versprechen restituiert verlangen, also eine Obligation ohne Inhalt, „eine Schale ohne Kern".[25]) Vor der Zahlung des Dosbetrages hat der Dosbesteller eine Restitutionsklage nicht und hieraus folgt, dass er zur Fundamentierung seiner Klage die Auszahlung der Dos darthun muss.

Einen zweiten Versuch, die Bedeutung der Entscheidung Papinians für unsere Frage ganz zu beseitigen und dadurch den Grundsatz, dass es bei der Frage nach der Datierung eines Pfandrechts für eine *obligatio futura* nur darauf ankomme, ob der Schuldner noch willkürlich annehmen oder ausschlagen könne, als den unsere Lehre einzig beherrschenden Rechtssatz zu retten, macht Hepp.[26])

---

[24]) In dem von Windscheid (Seite 74) zur Begründung seiner Argumentation citierten fr. 33. sol. matr 24. handelt es sich um Leistung an einen Dritten.

[25]) Schott, Seite 21.

[26]) Archiv 291 bis 293.

Während alle übrigen Ausleger darin übereinstimmen, dass der Umstand, dass zur Zeit der zweiten Verpfändung ein Teil der versprochenen Dos bezahlt, ein anderer noch rückständig sei, belanglos sei und dass das Pfandrecht des Dosbestellers auch dann von seiner Bestellung datieren würde, wenn die ganze Summe nach der zweiten Verpfändung bezahlt worden sei, macht Hepp den Umstand, dass in unserem Fall ratenweise bezahlt ist, zur Grundlage der Entscheidung Papinians. Der Jurist habe nicht entscheiden wollen, von welchem Moment das Pfandrecht des Dosbestellers datiere, sondern nur die Frage aufgeworfen, ob das Pfand dem Versprecher der Mitgift für die ganze Summe der in zwei Hälften ausgezahlten Mitgift mit Ausschluss der Zwischenpfandgläubiger hafte, oder ob sich das Recht des letzteren zwischen die beiden Hälften dränge. Papinian bestimme, dass der *dies contractae obligationis* nicht die Zahlungstage entschieden, und demnach erstrecke sich das Pfandrecht auf die ganze Dos, wie dies anfänglich festgestellt sei. Das Pfandrecht datiere erst vom Momente der Auszahlung, denn da die Verpflichtung des Schuldners durch Annahme der Dos von seiner Willkür abhänge, könne es nicht früher datieren. Es ist dies eine seltsame Entscheidung! Das Pfandrecht des Dosbestellers datiert also in bezug auf den zweiten Teil der zurückzubezahlenden Dos später als das des Zwischenpfandgläubigers, aber trotzdem geht es ihm vor. „Wie kann etwas einem anderen vorgehen, ohne vor diesem bevorzugt zu sein.“[27])

Dieser Interpretationsversuch unseres Fragments kann ebenso wenig befriedigen, wie einer der vorher besprochenen; er hat auch weitere Anerkennung nicht gefunden.

[27]) Sintenis, Seite 362.

Zweiter Abschnitt.

§ 7.

Keine der Erklärungen, die wir bisher erwähnt und zurückgewiesen haben, hätte uns in unserer Untersuchung fördern können. „Die armen Kredithypotheken müssten vergeblich in den Römischen Quellen nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzugs suchen.“ [28]) Aber nach der heute immer mehr und mehr die Oberhand gewinnenden Ansicht hat Papinian seine Entscheidung, dass das Pfandrecht in unserer Stelle vom Zeitpunkt der Pfandbestellung, nicht von dem der Zahlung der Dos datiere, aus einem anderen Grunde getroffen, und zwar argumentiert der Jurist nach dieser Interpretation etwa in folgender Weise:

„Derjenige, welcher eine Frau zu dotieren versprochen hat, kann von dem Ehemann jederzeit zur Auszahlung der Dos gezwungen werden, und zwar muss er selbst dann zahlen, wenn der Ehemann die Gegenstände, welche er zur Sicherung des späteren Anspruchs auf Restitution dem Promittenten der Dos verpfändet hat, veräussert oder weiterverpfändet. Wenn hier die Grundsätze, welche im allgemeinen bei Verpfändungen zur Sicherung von *obligationes futurae* gelten, zur Anwendung kämen, und das Pfandrecht also erst vom Augenblick der Zahlung der Dos datieren würde, würden jene Handlungen des Ehemannes die Sicherheit des Dosbestellers illusorisch machen, und deshalb muss mit Rücksicht auf die schon vor dem Moment des Versprechens ab bestehende Pflicht des Promittenten, auf Verlangen des Ehemannes zu zahlen, das Alter des für die Restitution bestellten Pfandrechts so beurteilt werden, als sei

[28]) Windscheid, Pandekten. § 242$_3$.

dasselbe schon mit der Verpfändung entstanden. Das Ver sprechen der Dos verpflichtete den Dosbesteller schon jetzt zwangsrechtlich zur Bezahlung der ganzen Dos und deshalb datiert das Pfandrecht, das die Rückzahlung sichern soll, schon von dem Versprechen ab.[29])

Wenn diese Interpretation richtig ist, so braucht man kein Bedenken zu tragen, das rechtliche Princip, welches die Stelle enthält, auf analoge Fälle auszudehnen. Denn die Voraussetzungen, welche der Entscheidung zu Grunde liegen, dass der künftige Gläubiger es nicht mehr in seiner Hand hat, ob er Gläubiger werden wolle oder nicht, kehren in den mannigfaltigsten Verhältnissen, vor allem auch bei dem Kreditversprechen wieder. Auch hier ist der Promittent, der Kreditgeber, verpflichtet, dem Promissar Leistungen zu machen, nicht dieser sie zu empfangen, vielmehr hängt es von seinem Belieben ab, ob er den Kreditgeber zur Auszahlung von Darlehn zwingen will oder nicht.

Trotzdem hat man Einwendungen gegen die Ausdehnung der Entscheidung unseres Fragments gemacht. Man hat namentlich behauptet, dass der, welcher eine Dos, und derjenige, welcher Kredit, also Hingabe von Darlehn, versprochen habe, deshalb verschiedenartig gebunden seien, weil die Klage des Ehemannes, dem eine Dos versprochen, auf Zahlung der Dos gehe, während die Klage des Promissars, dem Kredit versprochen sei, nur auf Leistung des Interesses gehe, also die Leistung des Kredits, die Hingabe von Darlehn selbst, nicht erzwungen werden könne. Das Versprechen des Kreditgebers charakterisiere sich als ein *pactum de mutuo dando*, welches wie jedes andere *pactum de contrahendo* nach Römischem Recht, sobald

[29]) Klar ist bei dieser Interpretation auch der Grund der entgegengesetzten Entscheidung in fr. 1. § 1. h. t. Aus den Worten des Fragments kann man entnehmen, dass der Promittent noch gar kein bindendes Versprechen, eine gewisse Summe zu leisten, abgegeben hat. Deshalb war er bei einer Weiterverpfändung der Sachen überhaupt nicht gezwungen zu zahlen.

es überhaupt klagbar geworden[30]), nur auf Leistung des Interesses gehe.

Ganz abgesehen davon, dass es sehr bestritten ist, ob die Klage aus der *stipulatio de contrahendo* auch nach späterem Römischen Recht nur auf das Interesse gegangen ist, ist die Streitfrage praktisch beseitigt durch die §§ 769, 770 und 779 der Reichscivilprocessordnung. Es muss heute unbedingt auf Abschluss des Vertrages verurteilt werden und der Vertrag gilt als abgeschlossen, sobald die Verurteilung rechtskräftig geworden ist. Allerdings könnte dies zu praktischen Inkonvenienzen[31]) führen; es könnte zum Beispiel dem Kreditversprecher im Exekutionswege Hab und Gut verkauft werden, nur damit er Gläubiger werde, aber jedenfalls, und das ist zur Abweisung jenes Einwandes für uns wichtig, kann eine Verschiedenheit der Gebundenheit derjenigen, die eine Dos zu zahlen und Kredit zu geben, versprochen haben, eine Beschränkung der Stelle auf den Dosbesteller nicht begründen. Wir müssen vielmehr auf Grund des fr. 1. l. c. unsere Frage: Von welchem Moment datiert die Kredithypothek des gemeinen Rechts? unbedingt beantworten „mit der Kreditbestellung", denn der künftige Gläubiger ist schon durch sein Versprechen gebunden, er hat es seit der Kreditbestellung nicht mehr in seiner Macht, auf Verlangen des künftigen Schuldners die Gläubigerschaft auszuschlagen.

[30]) Das Eigentümliche des Kreditvertrages, die schon gegenwärtige feste Verpflichtung des Gläubigers, war also früher durch ein *pactum de contrahendo*, das der Klagbarkeit entbehrte, nicht zu erreichen; es musste an dessen Stelle eine *stipulatio* treten.

[31]) Man hat deshalb häufig für das *pactum de mutuo dando* besondere Grundsätze einführen wollen, mit Unrecht. Es muss vielmehr nach den gewöhnlichen Regeln das Urteil auf Auszahlung des Darlehns lauten, und auch die Exekution erfolgt auf dem gewöhnlichen Wege.

Dritter Abschnitt.

§ 8.

Ein kurzer Rückblick sei uns gestattet auf die oben behandelten Stellen fr. 4. *quae res pignori* $20._3$. fr. 11. pr. fr. 1. § 1 *qui potiores* $20._4$., aus denen man fälschlich eine Datierung der Kredithypothek vom Tage der Kreditbenutzung ab geschlossen hat. Wir fanden in diesen Fragmenten nur die Entscheidung: Das Pfandrecht für eine *obligatio futura,* speciell für ein künftiges Darlehn, datiert erst von der Auszahlung des Darlehns ab, wenn der künftige Schuldner es bis zur Annahme des Darlehns noch in seiner Macht hat, durch Verweigerung der Annahme nicht Schuldner zu werden. Durch *argumentum e contrario* kommen wir zu dem Satze: „Das Pfandrecht für eine *obligatio futura* datiert von der Pfandbestellung, wenn der Schuldner zur Eingehung der Obligation gezwungen werden kann. Also zwischen diesen Quellenstellen und fr. 1. pr. l. c. herrscht keine Antinomie, sondern sie ergänzen sich. Nach fr. 1. pr. l. c. ist der Umstand für die Entscheidung, von welchem Moment das Pfandrecht datiert, massgebend, ob es noch von dem Willen des Gläubigers abhänge, auch nicht Gläubiger zu werden: in den beiden anderen Stellen ist alles darauf gestellt, ob es noch von dem Willen des Schuldners abhängt, Schuldner zu werden oder nicht. Deshalb kommen wir zu dem Resultat: Die Hypothek für eine *obligatio futura* datiert von dem Momente der Entstehung der Forderung, es sei denn, dass beide Parteien oder eine derselben, sei es der künftige Gläubiger oder der künftige Schuldner, von der anderen zur Eingehung der Obligation gezwungen werden kann. Das Römische Recht hat diesen Satz als abstrakten Rechtssatz nicht formuliert; die Form, in der es das Problem gelöst hat, ist eine rein kasuistische[32]).

[32]) Ausführlicher Vangerow Seite 837.

Teil III.

§ 9.

Nach dieser kurzen Abschweifung kehren wir zu unserer Kredithypothek zurück: wir müssen also nach den Quellen annehmen, dass sie vom Moment der Bestellung des Pfandrechts datiert, aber eine nähere Begründung dieser, wenn auch angemessenen, so doch bei dem accessorischen Charakter des Pfandrechts auffälligen Erscheinungen finden wir in den Aussprüchen der römischen Juristen nicht. Auch die späteren Rechtsgelehrten haben keinen Versuch gemacht, diese Lücke auszufüllen, selbst dann nicht, wenn sie den Altersvorzug der Kredithypothek in der Praxis anerkannten. Erst in neuester Zeit hat man sich viele Mühe gegeben, diese Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass ein Pfandrecht entstehe und datiere mit der Forderung zu rechtfertigen und dadurch dem juristischen Verständnis zu erschliessen. In der Art der Begründung weichen die Rechtsgelehrten jedoch sehr von einander ab; es herrscht noch heute über dieselbe lebhafter Streit.

Vielfach hat man versucht zu beweisen, dass die Rücksicht auf die Billigkeit und das Verkehrsinteresse die Priorität der Kredithypothek vor allen nach ihr bestellten Pfandrechten erfordere[33]). Der künftige Gläubiger habe das Versprechen, durch welches er zum Gläubiger gemacht werden könne, im Vertrauen auf die Sicherheit geleistet, welche das Pfand gewähre, das ihm der künftige Schuldner für die künftige Forderung bestellt habe. Höchst unbillig wäre es, wenn es dem Schuldner

[33]) Gesterding, Seite 31.
Windscheid, Archiv XXXV Seite 77.
Vangerow, Seite 838.

gestattet sein sollte, die Sicherheit, auf die der Gläubiger baute, durch Veräusserungen und Weiterverpfändungen zu schmälern oder gar ihm zu entziehen, während er selbst an sein Versprechen gebunden sei und zu dessen Einhaltung von dem Schuldner gezwungen werden könne. „Das nicht reflektierende Rechtsgefühl würde die Unbilligkeit nicht zu überwinden vermögen, die es darin findet, dass einer über das Vermögen des anderen disponiert und ihm die dafür bestellte Sicherheit verbringt.“ „Es wäre die schreiendste Ungerechtigkeit, wenn der künftige Schuldner, welcher den künftigen Gläubiger jeden Augenblick zwingen könne, sein Wort zu halten, seinerseits zum Nachteil des Gläubigers die Sachen veräussern und weiterverpfänden könne.“ Die Gerechtigkeit erfordere es unbedingt, dass die Sicherheit des Gläubigers unbeschadet erhalten bleibe, dass der künftige Schuldner die verpfändeten Sachen nur *cum suo onere,* das heisst, schon belastet mit den Rechten des künftigen Gläubigers veräussern könne, dass etwa später als die Kredithypothek bestellte Pfandrechte dem Rechte des Gläubigers, was die Priorität anbelange, nachständen, auch wenn sie früher „entstanden“ sein sollten. Wollte man dem künftigen Schuldner, weil er jetzt noch nicht Schuldner sei, das Recht und die Macht geben, die Sicherheit, die er dem künftigen Gläubiger bestellt habe, zu schmälern und zu vernichten, so würde die Pfandbestellung praktischen Wert überhaupt nicht haben und das Verkehrsinteresse würde in der empfindlichsten Weise geschädigt.

Richtig sind diese Ausführungen unbedingt, aber eine juristische Rechtfertigung enthält die Behauptung, „es sei so billig“ nicht.[34]) Aber für uns hat der der Natur der Verhältnisse entnommene Billigkeitssatz seine positive Bestätigung als Rechtssatz

[34]) Die Gerichte haben sich (vergleiche Windscheid Archiv XXXV Seite 77), ohne sich auf unser Fragment, aus dem man eine Entscheidung für den Altersvorzug der Kredithypothek nicht ableiten zu können glaubte, zu berufen, trotzdem ohne alles Schwanken für den Vorzug der Kredithypothek erklärt, indem sie sich auf die Billigkeit beriefen. Wenn aber auch der Jurist das Gefühl „es sei so billig“ nicht verachten darf, denn häufig wird es ihm das Wahre zu enthüllen helfen, so darf er doch nicht

in fr. 1 pr. l. c. gefunden; wir wollen nicht mehr einen Satz als Rechtssatz begründen, sondern der Zweck unserer gegenwärtigen Untersuchung ist es, die rechtlichen Gründe, welche dem Rechtssatz zu Grunde liegen, zu suchen und deshalb könnte uns die Berufung auf die Billigkeit und das Verkehrsinteresse, die Papinian zu seiner Entscheidung veranlasst hätten, genügen. Aber man braucht sich in unserem Falle nicht mit Billigkeitsgründen begnügen, weitere Forschungen nach dem Grunde des Altersvorzugs unserer Kredithypothek sind nicht resultatlos geblieben.

§ 10.

Einzelne Juristen, unter ihnen am entschiedensten Dernburg, Fitting und Schott, haben zur Erklärung des Altersvorzugs der Kredithypothek, ohne den accessorischen Charakter des Pfandrechts im allgemeinen zu leugnen, die Behauptung aufgestellt, zur Entstehung eines Pfandrechts sei eine Forderung noch nicht nötig, diese könne später als das Pfandrecht entstehen. Sie versuchen nachzuweisen, dass es bei einem Pfandrecht zur Sicherung einer *obligatio futura* ganz auf den Willen der Parteien ankomme, wann das Pfandrecht entstehen solle; es könne sofort mit der Pfandbestellung, es könne aber auch erst später mit der Entstehung des *debitum* entstehen. Die Quellen enthielten nur Präsumtionen über den Willen der Parteien.

Diese Ansicht, dass die Entscheidungen der römischen Juristen blosse Interpretationen des Verpfändungswillens der Constituenten seien, ist durchaus unannehmbar. Die von uns oben behandelten Quellenstellen lassen eine Deutung, dass in den

mit dem Gefühl „es sei so billig oder gerecht“ einen Satz als Rechtssatz zu begründen versuchen. Man muss notwendig zwischen Recht und Billigkeit unterscheiden; ein Satz ist nicht deshalb schon „Recht“, weil er als „billig“ erscheint. Das Recht hat als wesentliches Merkmal das der Positivität. Die Billigkeit ist das Ideal, welches verwirklicht werden soll, aber bei der Unvollkommenheit unserer Verhältnisse nicht „Recht“ ist. Die Begriffe „Recht“ und „Billigkeit“ sind verschieden und deshalb ist die Begründung jener Gerichtspraxis nicht zu billigen.

Fällen lediglich die Absicht der Contrahenten auf die sofortige oder spätere Entstehung des Pfandrechtes gerichtet sei, nicht zu; sie enthalten in ihrer Fassung nichts, was darauf hinwiese, dass der Grund der Entscheidung nur in dem präsumtiven Willen der Contrahenten liege. Aber auch die Behauptung, dass der accessorische Charakter des Pfandrechts eine Entstehung desselben vor der Forderung dulde, kann man weder durch die Quellen beweisen, noch hält sie einer genaueren Untersuchung stand.

Man behauptet, die accessorische Natur des Pfandrechts beruhe lediglich darin, dass es den Zwecken einer Forderung ausschliesslich diene und mit Erreichung des Ziels der Forderung mit dieser untergehe. Im übrigen gehe es aber seinen selbständigen Weg und könne der Forderung zu deren besserem Dienst zeitlich vorangehen; eine entgegengesetzte — äusserlich formalistische — Theorie schwäche das accessorische Recht zum Schaden des Hauptrechts, das je um so mehr geschützt sei, je früher das Pfandrecht ins Leben trete.[35])

Diese Argumentation ist unhaltbar. Wenn auch das Römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechtes nicht unbedingt durchgeführt hat und zwar insofern nicht, als es auch nach Untergang der Forderung einen Fortbestand des Pfandrechts kennt, so findet sich doch in den Quellen des Römischen Rechts keine Stelle, aus der man entnehmen könnte, dass ein Pfandrecht als selbständiges Recht auch gegründet werden könnte. Ebensowenig wie es einen *debitor* schlechthin geben kann, ebensowenig kann es auch einen *debitor hypothecarius* schlechthin geben[36]) — einen solchen müssen die Anhänger jener Theorie unbedingt annehmen, denn wenn ein Pfandrecht ohne Forderung entstehen könnte, so würde es diesem, da das Recht, welches es sichern soll, und durch das es näher bestimmt wird, noch fehlt, an aller Bestimmtheit fehlen. Ein accessorisches Recht kann unmöglich vor dem

[35]) Dernburg 520. Band I Fitting Seite 42.
[36]) Hepp, Seite 250.

Hauptrecht, um dessen Willen es da ist, entstehen. Ein Pfandrecht ohne Forderung wäre ohne Sinn und Zweck, eine juristische Unmöglichkeit. Die Forderung bildet für das Pfandrecht eine Existenzbedingung und deshalb kann vor Eintritt derselben ein Pfandrecht nicht angenommen werden. Denn wenn es als Mittel zur Realisierung einer Forderung vor ihr ins Leben treten könnte, und nachher aus irgend welchen Gründen das Hauptrecht nicht zur Existenz käme, dann müsste man entweder annehmen, dass das Pfandrecht auch dann noch Bestand habe, oder man müsste das Pfandrecht beim Nichtzustandekommen der Forderung als untergehend ansehen.[37]) Es hat dann ein accessorisches Recht bestanden, ohne dass jemals ein Hauptrecht bestanden hat — eine Consequenz, die den Anhängern dieser Theorie, dass ein Pfandrecht ohne Forderung entstehen kann, die Unrichtigkeit ihrer Annahme wohl zeigen musste.

Nicht stichhaltig ist auch Dernburgs Berufung auf die Bürgschaft, durch die er seine Theorie deutlicher machen zu können glaubt.

Es giebt Rechte, die an und für sich selbständige Rechte sind und als solche auch behandelt werden, die aber in einzelnen Fällen infolge besonderer Bestimmung zu accessorischen werden. Die accessorische Qualität ist hier eine zufällige und deshalb ist die Existenz dieser Rechte unabhängig von den Rechten, deren *accessio* sie in den gedachten besonderen Fällen sein sollen.[38])

Die *fideiussio* ist eine Stipulationsobligation, an und für sich eine selbständige Verpflichtung, die nur in einzelnen Fällen infolge besonderer Bestimmung zu einer accessorischen wird. Deshalb existiert das Recht aus der *fideiussio* unabhängig von dem Rechte, dessen *accessio* es in dem besonderen Fall sein soll. Der *fideiussor* ist sofortiger Schuldner, gleichgültig, ob das Hauptrecht, die Forderung, die er sichern soll, eine sofortige oder zukünftige ist, denn die accessorische Natur der

[37]) Karlowa Seite 37 bis 40.

[38]) Scheuerl, Kritische Vierteljahrsschrift II 497.

Stipulationsobligation ist eine rein zufällige. Ebenso verhält es sich mit der *fiducia*, dem ältesten Römischen Pfandrecht, das in Eigentumsübertragung besteht. Der künftige Gläubiger, dem jetzt schon Sachen des künftigen Schuldners *fiduciae causa* übergeben werden, wird sofortiger Eigenthümer.

Bei dem gewöhnlichen vertragsmässigen Pfandrecht aber, dass den Gegenstand unserer Untersuchung bildet, ist die accessorische Natur im Wesen des Rechts begründet: es kann unmöglich vor der Forderung bestehen. Wohl können schon vorher *res hypothecae* gegeben werden,[39]) wie *res dotis nomine* schon vor der Ehe, aber ein Pfandrecht kann ebenso wenig vor der Forderung, wie eine *dos* vor der Ehe bestehen. Wohl kann das Vorfenster schon vor dem Hause bestehen, für das es bestimmt ist, aber die Pertinenzqualität erlangt es erst durch die realisierte Bestimmung für die Hauptsache.[40])

Es ist übrigens ein merkwürdiges Pfandrecht, das als vor der Forderung bestehend angenommen wird: es besteht schon jetzt, aber „es besteht nur für den Fall künftigen Entstehens der Pfandschuld", bis dahin ist es *in pendenti*.[41]) Die Befugnisse, die das Pfandrecht sonst immer gewährt, das Recht zum Verkauf, die *actio hypothecaria*, das *ius offerendi* bestehen noch nicht. Man kann ein solches „Recht", dem die Voraussetzungen eines Pfandrechts fast sämtlich fehlen, kaum ein Pfandrecht nennen.

Um ihre Ansicht nun mit den Aussprüchen der römischen Quellen zu begründen, haben die Anhänger der von uns angeführten Theorie sich vor allem auf unser fr. 1. pr. l. c. (20_1) berufen.[42]) Mit Unrecht; denn Papinian behandelt nur die Frage, welches Pfandrecht in dem besonderen Falle in der Reihenfolge der Gläubiger vorgehe. Es kann ein Pfandrecht nämlich sehr wohl seinen Rang haben von einer Zeit wo es noch nicht

[39]) fr. 5. de pign. 20_1.

[40]) Der Vergleich Schotts ist deshalb durchaus unrichtig.

[41]) Dernburg I 526. Mit diesen Worten nimmt D. seine Behauptung eigentlich schon wieder zurück.

[42]) Dernburg I 528. 531, Fitting Seite 43.

existiert.[43]) Dies ist das einzige, welches sich aus jener Stelle schliessen lässt; von einer Existenz eines Pfandrechts ohne Pfandforderung ist keine Rede. Daher kann unsere Kredithypothek, ein Pfandrecht für eine zukünftige Forderung, nur als wahres Pfandrecht entstehen, nachdem eine Schuld wirklich kontrahiert ist; aber geschieht dies, so ist das im Voraus bestellte Pfand von der Zeit seiner Bestellung zu rechnen.

Die Theorie also, die ein Pfandrecht vor der Existenz der Forderung annimmt, um gewisse Beschränkungen des künftigen Pfandschuldners, die sich aus dem Altersvorzug der Kredithypothek ergeben, zu erklären, wird der juristischen Natur des Pfandrechts nicht gerecht; auch geht die Annahme eines solchen Pfandrechts, das nur dem künftigen Gläubiger Sicherheit gewähren soll, weit über ihr Ziel hinaus.[44])

§ 11.

Erst in neuester Zeit hat man die Natur unserer Erscheinung, dass ein Pfandrecht den Altersvorzug vor anderen hat, ohne vor ihnen entstanden zu sein, in richtiger Weise näher zu begründen vermocht.

Man muss davon ausgehen, dass im Augenblick der Bestellung der Kredithypothek die Absicht des Verpfänders dahin ging, sich durch die Verpfändung sogleich fest zu binden, eine hinreichende Sicherheit für alle aus dem Kreditverhältnis sich entwickelnden Forderungen schon jetzt zu bestellen, denn nur eine solche wird den Gläubiger zur Eingehung des Kreditvertrages veranlassen können. Der Kreditgeber soll nach den Intentionen der Parteien zweifellos ein ihn wirklich gegen materiellen Verlust sicherndes Pfandrecht erhalten. Eine Sicherheit, die durch spätere Dispositionen des Verpfänders zum Teil oder ganz verkümmert werden könnte, wäre keine eigentliche Sicherheit; eine solche wäre von den Parteien nicht gewollt und würde ihrem Zweck durchaus nicht entsprechen. Der Kreditgeber

[43]) Windscheid I. 845.
[44]) Ihering, Seite 483.

welcher nur gegen Sicherheitsleistung die Kreditgewährung übernommen hat, müsste denn das Recht haben, vor jeder einzelnen Zahlung von dem Kreditnehmer den Nachweis zu verlangen, dass die durch das Pfand bestellte Sicherheit nicht inzwischen durch jüngere Pfandrechte vermindert ist und wenn der Kreditnehmer diesen Nachweis nicht bringen könnte, die Gewährung weiteren Kredits zu versagen. Diese Consequenz, die der früheren Pfandbestellung allen Wert entziehen würde, müsste man unbedingt ziehen, wenn man dem Schuldner die rechtliche Macht absprechen wollte, schon jetzt seine Sachen für eine künftige Schuld zu binden und zu erklären, dass dieselben der künftige Gläubiger, ohne dass ihm ein anderer vorgezogen werden könne, dereinst solle verkaufen dürfen, wenn die Schuld existent werden solle.

Aber welcher Grund sollte vorliegen, dem erklärten Willen der Parteien die rechtliche Wirkung zu versagen, ist dieser doch sonst imstande zu binden und wenn er auf Verwirklichung eines dinglichen Rechts gerichtet war, dinglich zu binden. Wie man dem Willen des Schuldners bei der Errichtung eines Pfandrechts für eine bedingte oder befristete Forderung, schon von der Bestellung des Pfandrechts an gebunden zu sein, stattgiebt, so legt man auch bei der Kredithypothek dem Willen der Parteien die gleiche Wirkung bei. Bei der bedingten Forderung hängt es von dem Eintreten oder Nichteintreten eines äusserlichen, das heisst ausserhalb des Rechts liegenden Umstandes ab, ob die Forderung und mit ihr das Pfandrecht entsteht; bei unserer Kredithypothek ist das Entstehen und Bestehen eines wahren Pfandrechts von der künftigen Contrahierung der Forderung, also von „einem innerlichen aus dem Begriff des hervorzubringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst ergebenden Umstandes“ abhängig.[15]) Wenn man nun dem Schuldner, der für eine bedingte Forderung ein Pfandrecht bestellt hat, die Macht nimmt, „das in Aussicht gestellte Pfandrecht nicht ent-

[15]) Windscheid, Pandekten I, Seite 848.

stehen zu lassen oder anders entstehen zu lassen, als wie er in Aussicht gestellt hat,[46]) so hat man keinen Grund bei Bestellung der Kredithypothek, dem Willen der Parteien die rechtliche Wirkung zu versagen, der auf ein Pfandrecht an einer mit später entstandenen Pfandrechten noch nicht belasteten Sache gerichtet war. Der Wille der Parteien ist es also, dem man Rechnung trägt, wenn man die Kredithypothek schon von dem Augenblick der Pfandbestellung ab datiert. Dieser Wille konnte, wie wir oben gezeigt haben, ein sofort fertiges und vollwirksames Pfandrecht herzustellen, nicht die Kraft haben, wohl aber kann man ihm die Kraft verleihen, eine gewisse Gebundenheit, nicht nur persönlicher, sondern auch dinglicher Art, eine rechtlich geschützte Aussicht auf ein künftiges unverkümmertes Pfandrecht, hervorzurufen.

Allerdings braucht das Recht dem Willen der Parteien diese Wirkung nicht in allen Fällen der Pfandbestellung für eine *obligatio futura* beizulegen; voraussetzen wird es wohl immer, dass sich die zu sichernde Forderung schon in ihrem Entstehungsprocess befindet, das heisst, dass der Thatbestand derselben schon mindestens teilweise vorhanden sei; wie viel genügt, ist eine Frage, welche Sache rein legislativer Bestimmung ist. Das Römische Recht hat es für genügend erachtet, wenn im Moment der Pfandbestellung schon ein Teil gebunden ist, auf Verlangen des anderen die Forderung zu kontrahieren und hat daher auch unserer Kredithypothek diesen Altersvorzug zugesprochen. Es hat dem Kreditnehmer, der eine Kredithypothek bestellt hat, die rechtliche Macht zu einem Eingriff in den natürlichen Entwicklungsprocess des Rechtsverhältnisses genommen, dessen Abschluss nach der Absicht der Parteien von einem in der Zukunft liegenden Thatumstand, der Benutzung des Kredits, erwartet wird.[47]) Das Mittel jener Gefahr zu be-

[46]) Windscheid, Seite 846.

[47]) Dass der Thatbestand der durch die Kredithypothek zu sichernden Forderungen schon in gewisser Beziehung vorhanden ist, geht aus folgender Betrachtung hervor. In dem zwischen dem Kreditgeber und

gegnen ist eine dingliche Gebundenheit „der Rechtsschutz des *nasciturus* angewandt auf das Pfandrecht“.[48])

Dass eine derartige dingliche Gebundenheit, welche sich als bestimmendes Moment für den Altersvorzug der Kredithypothek darstellt, und die man richtig als Pfandgebundenheit im Gegensatz zum Pfandrecht bezeichnet hat, auch den römischen Juristen nicht unbekannt gewesen ist, ist zweifellos.[49]) Die römischen Juristen sind sich des Unterschiedes zwischen dem vollkommenen Pfandrecht und unserer Pfandgebundenheit wohl bewusst gewesen. Überzeugend beweist dies *fr. 9. pr. qui potiores 20*[1]. Bei Besprechung der Datierung eines Pfandrechts, welches der Mieter wegen des Mietspreises für eine künftig erst zu beziehende Wohnung bestellte, entscheidet Afrikan, das Pfandrecht müsse schon von dem Tage des Abschlusses des Mietskontraktes ab datieren, weil der Sklave, welcher dem

dem Kreditnehmer abgeschlossenen Kreditvertrag liegt die Causaberedung für alle aus demselben entstehenden Forderungen. Durch die späteren Auszahlungen des Kreditgebers, den Ausführungshandlungen jener in dem Kreditvertrage liegenden *causa*, werden völlig neue Verträge nicht abgeschlossen, sondern nur die Erfüllung des bereits abgeschlossenen Vertrages involviert. Durch den Kreditvertrag ist nun das Vermögen des Kreditnehmers durch seine Forderung auf Hingabe von Darlehn vermehrt, aber nur *mutui nomine* vermehrt, denn das Versprechen einer Summe als Darlehn ist kein absolutes, sondern nur ein Versprechen gegen Übernahme der Darlehnsobligation. In der Forderung auf Hingabe einer Summe als Darlehn liegt nämlich die Forderung auf Rückgabe schon als eine in der Bildung begriffene enthalten. Durch die Auszahlung wird die bisher imperfekte Forderung auf Rückgabe perfekt. Der imperfekten Forderung entsprach ein imperfektes Pfandrecht, „ein embryonisches Pfandverhältnis, aus welchem sich das vollendete Pfandrecht erst entwickeln soll und unter bestimmten Voraussetzungen von selbst ohne weiteren Bestellungsakt auch entwickeln muss.“ Köppen 257, 258. Exner 100.

[48]) Ihering, Seite 484.

[49]) Einen festen Begriff *„pignoris obligatio“*, wie Regelsberger behauptet, haben die Römer nicht für diese Pfandgebundenheit gebildet. Die Bedeutung des Ausdrucks *„pignoris obligatio“* ist eine sehr schwankende, bald bezeichnet er eine dingliche Gebundenheit, bald eine blos persönliche, bald nur den Verpfändungsakt, bald sogar das vollkommene Pfandrecht. Fitting, Kritische Vierteljahrsschrift. Band I, Seite 77.

Vermieter verpfändet war *jam tunc in ea causa esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset.* Aus der Darstellungsweise des Juristen geht klar hervor, dass nicht die Verpfändung schon ein Pfandrecht, ein vollkommenes dingliches Recht, erzeugt habe. Es war noch kein *debitum* vorhanden, deshalb nahm der Jurist ein Pfandrecht noch nicht an; jedoch hatte anderseits die Verpfändung schon eine gewisse rechtliche Wirkung auf die Sache hervorgebracht: jenes *jus pignoris*, welches von dem Schuldner nicht mehr einseitig getilgt werden kann. Unter *jus pignoris* müssen wir uns hier einen Zustand dinglicher Gebundenheit vorstellen. Die Pfandsache ist schon jetzt von der Verpfändung ergriffen „es ist ihr eine rechtliche Eigenschaft aufgeprägt, welche unabhängig von dem Willen des Verpfänders an ihr haftet und gegen jeden folgenden Erwerber wirkt.“ [50]). Es gilt schon jetzt der Satz „*res transit cum suo onere*“.

Diese Pfandgebundenheit ist es also auch, die unserer Kredithypothek ihren Altersvorzug giebt. Sie giebt dem Kreditgeber schon jetzt die unentziehbare Möglichkeit, nach der wirklichen Auszahlung von Darlehn ein unverkümmertes Recht auszuüben.

§ 12.

Die dingliche Gebundenheit, welche wir so als Vorstadium des Pfandrechts bei unserer Untersuchung kennen gelernt haben, bildet nun — dies nachgewiesen zu haben, ist ein grosses Verdienst Iherings — nicht das Resultat einer singulären Rechtsvorschrift, sondern unter dem übergeordneten Gesichtspunkt einer derartigen Gebundenheit als Vorstadium eines Rechts lassen sich eine ganze Anzahl von Erscheinungen des Römischen Rechts, die früher nicht genügend beachtet oder mangelhaft verstanden wurden, zusammenfassen. Die Aufgabe, die wir uns gestellt haben, verbietet uns näher auf das System, das uns Ihering entwickelt, einzugehen, wenige Worte müssen deshalb genügen.

[50]) Regelsberger, Seite 15 bis 20.

Fast alle Rechte des Privatrechts begründen, führt Ihering aus, Rechtsverhältnisse, das heisst Beziehungen, in welche das Recht den Berechtigten zum Objekte seines Rechts, sei es zu einer anderen Person oder zu einer Sache, versetzt. Jedes Recht verleiht nämlich seinem Subjekt, die Qualität berechtigt, seinem Objekt, die Qualität dienstbar zu sein. Recht und Herrschaft auf der einen, Dienstbarkeit und Gebundenheit auf der anderen Seite sind correlate Begriffe. Die Gebundenheit der Person oder Sache ist nach Ihering die der aktiven Seite des Rechts korrespondierende passive Seite desselben.

Die passive Seite des Rechts, der Zustand rechtlicher Gebundenheit und Beschränktheit, in dem sich eine Person oder eine Sache befindet, kann nun bei zukünftigen Rechten getrennt von der aktiven Seite, vorübergehend als Vorstadium bei der Bildung eines Rechts vor seiner vollständigen Existenz eintreten, hervorgerufen durch den Zweck, die Sicherung des demnächstigen Berechtigten. Denn wenn in diesen Fällen wegen des Mangels der aktiven Seite auch noch kein Recht möglich ist, so kann seine demnächstige Entstehung doch sicher gestellt werden. Die Mittel hierzu gewährt der Begriff der Gebundenheit des Rechts, welcher in nichts anderem besteht als in der rechtlichen Anerkennung des Bestimmungsverhältnisses einer Person für die mittelst des Rechtes zu verfolgenden Zwecke des Berechtigten.

Den Satz, dass ein Recht Wirkungen äussern könne, ehe es noch besteht, hat das Römische Recht in vielen Fällen thatsächlich verwirklicht und zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts Beschränkungen obligatorischer oder dinglicher Art Platz greifen lassen, welche dessen Verwirklichung vorbereiten und sicherstellen sollen. Wie der Forderung des Gläubigers eine Gebundenheit des Schuldners,[51]) so kann dem Eigentum oder dem *jus in re* eine Gebundenheit der Sache vorangehen. Auf die Fälle des Römischen Rechts, die Ihering

[51]) Fälle von obligatorischer Gebundenheit. Ihering, Seite 463 bis 471.

sorgsam zusammengestellt hat, dürfen wir nicht eingehen.[52]) Dass das gemeine Recht eine solche dingliche Gebundenheit bei unserer Kredithypothek schon vom Augenblick der Pfandbestellung an eintreten lässt, haben wir versucht nachzuweisen. Die Annahme einer solchen erschliesst die Entscheidung Papinians dem juristischen Verständnis; sie ermöglicht den demnächstigen Eintritt des pfandmässig gesicherten Kreditgebers in den objektiven, unversehrten Bestand seines Pfandrechts;[53]) sie bewirkt, dass man unsere Frage nicht anders beantworten kann, als: Die Kredithypothek des gemeinen Rechts datiert von dem Momente der Pfandbestellung, von dem Momente der Eingehung des Kreditvertrages.

Teil IV.

§ 13.

In demselben Sinne wie wir, haben auch, wie wir gesehen haben, fast alle neueren Schriftsteller unsere Frage beantwortet, oft allerdings mit anderer Begründung; und ebenso hat der Altersvorzug der Kredithypothek in der gemeinrechtlichen Praxis fast ungeteilte Anerkennung gefunden.[54]) Aber so richtig

---

[52]) Analoge Fälle einer dinglichen Gebundenheit: 1) Rechtsverhältnis der legierten Sache beim Vindikationslegat vor erfolgter Agnoscierung desselben seitens des Legatars. 2) Gebundenheit der Gegenstände, welche zur Wahl gestellt sind, bei dem *legatum optionis*. 3) In allen Fällen, wo eine Obligation nicht eine einzelne Leistung, sondern ein dauerndes Verhältnis zum Gegenstande hat, das eine zur Zeit noch unübersehbare Menge von einzelnen Ansprüchen und Posten ins Leben rufen kann; zum Beispiel bei der Cautionsbestellung der Vormünder fr. 39. § 5 *de admin* 26_7, beim Pfandrecht am Vermögen des Vaters wegen des Niessbrauchs an den Adventicien. c. 6. § 4 *de bon* 6_{61}.

[53]) Ihering, Seite 580.

[54]) Abweichend ist ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Celle vom 4. September 1821. Seufferts Archiv, Band XI, Nr. 21.

unsere Theorie auch ist, so muss man sich doch vor einer unangemessenen, unbegründeten Ausdehnung der Bevorzugung der Kredithypothek vor anderen Hypotheken hüten. Einer solchen macht sich Dernburg unzweifelhaft schuldig.[55]) Er behauptet nämlich, wenn jemand einem anderen auf bestimmte Zeit einen Kredit eröffnet habe und nach Ablauf dieser Zeit der Kreditvertrag prolongiert werde, so hafte die bei der ersten Eröffnung des Kredits bestellte Hypothek auch für die Forderungen aus der zweiten Epoche mit ihrem ursprünglichen Datum.

Es ist zwar richtig, dass bei der *relocatio tacita*, auf die sich Dernburg beruft, die Pfandobjekte, welche der Mieter dem Vermieter zur Sicherung der aus dem Mietsverhältnis entspringenden Forderungen bestellt hat, stillschweigend verhaftet bleiben, wenn der erst für bestimmte Zeit abgeschlossene Mietskontrakt stillschweigend verlängert wird, aber die Berechtigung einer Zurückdatierung des Pfandrechts bis auf die ursprüngliche Pfandbestellung lässt sich nicht aus den Quellen nachweisen. Dernburg beruft sich auf fr. 13. § 11. *locati* 19_2: *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligari.* Aus diesen Worten, in denen doch Ulpian unverkennbar der Erneuerung der Miete die Erhaltung des Pfandrechts gegenüberstelle, müsse man eine Datierung desselben von der Zeit der Pfandbestellung annehmen.[56]) Ob der Jurist diese Entscheidung hat treffen wollen, geht aus den Worten des Fragments nicht unbedingt hervor, viel wahrscheinlicher hat er nur sagen wollen, dass in diesem Falle keine zeitliche Unterbrechung des Pfandrechts eintritt.[57]) Aber wenn auch der Wortlaut dieser Stelle zu Zweifeln Anlass geben könnte, so ist doch die Meinung Dernburgs unhaltbar gegenüber c. 16. *locato.* 4_{65}: *tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.*

[55]) Dernburg, Pfandrecht I 536.
[56]) Dernburg, ebenda Seite 534.
[57]) Scheuerl, Kritische Vierteljahrsschrift II 504.

In dieser Stelle wird nicht „weniger deutlich“ die Ansicht Dernburgs bestätigt, sondern dieselbe mit nicht misszuverstehender Deutlichkeit verworfen.[58]) Ebenso wie die Fortsetzung des Mietsvertrages eigentlich einen neuen Vertrag begründet,[59]) so wird auch das Pfandrecht bei der *relocatio tacita* durch stillschweigende Übereinkunft neu bestellt und kann erst von dieser Übereinkunft, also von dem Beginn der neuen Epoche ab datieren. Denn wie die persönliche Obligation, so endigt auch das für diese Obligation bestellte Pfandrecht mit dem Ablauf der Zeit.

So auch in unserem Falle. Die Kredithypothek haftet natürlich bei der Prolongierung des Kreditverhältnisses auch für alle in der folgenden Epoche entstehenden Forderungen, aber mit dem Datum der Erneuerung des Kreditvertrages. Mit dem Ablauf der kontraktlich festgesetzten Zeit ist die alte Hypothek erloschen, der nachfolgende Gläubiger ist an die Stelle des Kreditgebers gerückt und aus dieser Stelle kann er unmöglich wieder durch die Verlängerung des Kreditvertrages verdrängt werden. Eine andere Entscheidung würde mit den Quellen nicht in Einklang zu bringen und den anderen Pfandgläubigern gegenüber unbillig sein.

Teil V.

§ 14.

Wir sind am Ende unserer Untersuchung über die Datierung der Kredithypothek des gemeinen Rechts; es erübrigt nur noch einen Blick auf einzelne Punkte der modernen Rechtsent-

---

[58]) Daselbst 505. Regelsberger Seite 32.

[59]) Dies geht auch aus der Unmöglichkeit der *tacita relocatio* im Falle, dass ein Contrahent bei Ablauf der festgesetzten Mietzeit die Dispositionsfähigkeit verloren hat, hervor. Vergleiche fr. 14. *locati, conducti* 19_2

wicklung zu werfen, welche heute für die Beantwortung unserer Frage von entscheidender Wichtigkeit sind.

Die formale Einrichtung der heutigen Grund- und Hypothekenbücher und der mit dieser im Zusammenhang stehende Rechtssatz, dass die Hypothek nur durch Eintragung, also nicht wie im Römischen Recht durch blosse Willenseinigung entstehen kann, bewirkt, dass ein Zweifel nicht mehr besteht, ob die Kredithypothek erst vom Moment der Entstehung einer Forderung des Kreditgebers gegen den Kreditnehmer datiere. Die Rangordnung der Hypotheken bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen, so dass jede für eine zukünftige Forderung bestellte Hypothek notwendig, soweit sie überhaupt eingetragen werden, also bestehen kann, von ihrer Stelle im Grundbuch datiert und von hier ihre Rangordnung empfängt. Wichtig wäre also nur noch die Frage, ob die Kredithypothek in die öffentlichen Bücher überhaupt eingetragen werden kann: eine Frage, die bei der Entwicklung, welche der Kredit im modernen Rechte gefunden hat, zu verneinen, überhaupt kaum möglich wäre. Das Pfand wird heute nicht mehr für *obligationes futurae,* nicht mehr für die einzelnen künftigen Debetposten, sondern für den Kredit an sich bestellt.[60]) Denn der Kredit ist ein selbständiger Gegenstand des Verkehrs und der Rechtsgeschäfte geworden. Der Krediteröffnungsvertrag hat sein unmittelbares Objekt in dem Kredite selbst. Schon durch den Vertragsabschluss ist der Kreditnehmer, weil er überhaupt Kredit genommen hat, Schuldner des Kreditgebers. „Die Hypothekenbestellung ist nicht mehr sowohl eine accessorische Verbindlichkeit für die auf Grund des Vertrages zu entnehmenden Darlehn, sondern gewissermassen die Gegenleistung des Kreditnehmers, die er für den ihm zur Verfügung gestellten Kredit macht." Hieraus ergiebt sich mit voller innerer Notwendigkeit der Satz, dass für eine Krediteröffnung mit voller

[60]) Endemann, Handelsrecht III 935. Derselbe, in Goldschmidts Zeitschrift Band IV Seite 211.

Wirkung vom Tage des Vertrages an Hypotheken bestellt werden können. Natürlich ist hierbei die Eintragung einer bestimmten Summe, eines Höchstbetrages, den die späteren *debita* erreichen dürfen, notwendig, denn eine bestimmte Summe bildet heute eine unbedingte Consequenz des die neueren Hypothekenrechte beherrschenden Specialitätsprincips, nach welchem das Grundbuch im Interesse der Rechtssicherheit darüber Auskunft geben soll, bis zu welchem Betrage das Grundstück kraft des hypothekarischen Rechts in Anspruch genommen werden kann.[61])

[61]) Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band III Seite 620.

Druck v. H. L. Geck, Essen.